

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBER A LA VERDAD EN LAS CONTIENDAS ELECTORALES

## SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE DUTY TO THE TRUTH IN THE ELECTORAL CONTESTS

**Juan Carlos Galindo Vácha<sup>1</sup>**

Registrador Nacional del Estado Civil

*Mentiri nunquam licet*

San Agustín

### INTRODUCCIÓN

Cada vez se hace más patente la necesidad de garantizar el voto libre e informado, la veracidad de la información suministrada por los candidatos y por las campañas respecto de sus competidores, así como el cumplimiento de lo prometido en la época electoral por quienes aspiran a ocupar cargos públicos o por quienes promueven o se oponen a iniciativas que habrán de someterse a decisión popular.

En este artículo me referiré específicamente al deber de candidatos y campañas en el sentido de expresarse con la verdad en todos los aspectos y, en especial, en aquellos que puedan incidir en la decisión de los ciudadanos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con maestría en Derecho y Economía de Seguros de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Registrador Nacional del Estado Civil.

<sup>2</sup> Con San Agustín debemos decir que no miente quien dice una cosa falsa en la que cree o quien hace referencia un hecho que tiene por verdadero, aunque después resulte que este sea falso. Tampoco miente, advierte el sabio de Hipona, quien hace bromas. Vid. San Agustín. De Mendacio. Disponible el 1° de agosto de 2018 en <https://www.augustinus.it/spagnolo/menzogna/index2.htm>

El cumplimiento del deber de los candidatos y de las campañas se refleja en el respeto del derecho al sufragio que soporta, a su vez, la estructura democrática plasmada en nuestra Carta Política, a partir del derecho a participar en las decisiones que nos afectan.

El voto no solo debe ser libre, sino también informado y, esa información, que debe ser “veraz”, constituye un derecho y un deber para los electores que, además, sirve de sustento al deber correlativo a cargo de candidatos y campañas.

En otro escrito resaltamos la semejanza, aunque parcial, entre la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones, y la voluntad libre e informada que toma materialidad en el voto y que brinda a un tercero la posibilidad de ejercer un cargo público o impone una decisión política o, incluso, una reforma constitucional. Vistas así las cosas, el consentimiento del elector, como el de un contratante, puede estar viciado por error, fuerza o dolo.

Desde otro punto de vista, el análisis económico del derecho, brinda herramientas eficientes para determinar los eventos en los cuales las decisiones de los “consumidores” en una elección pública (*public choice*) resultan eficientes. Desde esta aproximación, la falla de mercado conocida como “asimetría de la información” hace que la decisión sea ineficiente y traslada al Estado el deber de eliminar la falla o minimizar su efecto.

En un mundo en el que el manejo de la información percibida por diferentes medios

hace posible predecir con cierto grado de precisión las filias y fobias de los conglomerados sociales, no sería difícil pensar en sectores interesados en acercarse al poder promoviendo pasiones a partir de información falsa.

Es necesario entonces determinar, en el caso electoral, si existe un verdadero derecho a la verdad, por parte de los votantes y, de ser así, qué herramientas existen para garantizar su efectividad y cuáles podrían promoverse para el efecto.

Este artículo, que se aproxima al problema del derecho a la verdad desde el derecho privado y el análisis económico del derecho, no pretende agotar el tema y, en cambio, espera servir de fuente de debate en un mundo que cada vez requiere más verdad para preservar la democracia.

### 1. ¿Hay un derecho a la verdad?

#### Justificación teleológica

La mentira en todos los ámbitos de la vida, aún en el fuero interno, es reprochable. La no conformidad consciente entre lo que se dice o se piensa y la realidad resulta, mucho más grave, cuando tiene por objeto o propósito engañar.

No es necesario debatir si lo que se pretende con la mentira es evitar un mal mayor que aquel que se siembra engañando; en tanto que el engaño, per se, constituye una ruptura, ya no solo de la rectitud y a la hombría de bien, que depende más del fuero interno, sino de la confianza. Como diría Kant, el mentiroso “es una simple

apariencia de hombre, más que un hombre mismo”.

La mentira que se exterioriza rompe la probidad, la confianza y el principio de buena fe; con ella, además pierde sentido la noción de libre albedrío de terceros, que actúan con fundamento en la información recibida de quien miente.

Sobre la mentira dice el maestro Kant:

“Sea por ejemplo, la pregunta siguiente: ¿Me es lícito, cuando me hallo apurado, hacer una promesa con el propósito de no cumplirla? (...) hay que considerar detenidamente si no podrá ocasionarme luego esa mentira muchos más graves contratiempos que éstos que ahora consigo eludir; y como las consecuencias, a pesar de cuanta astucia me precie de tener, no son tan fácilmente previsibles que no pueda suceder que la pérdida de la confianza en mí sea mucho más desventajosa para mí que el daño que pretendo ahora evitar, habré de considerar si no sería más sagaz conducirme en este punto, según una máxima universal y adquirir la costumbre de no prometer nada sin el propósito de cumplirlo (...). Y bien pronto me convenzo de que, si bien puedo querer la mentira, no puedo querer, empero, una ley universal de mentir, pues según esta ley, no habría propiamente ninguna promesa (...)”<sup>3</sup>.

En las relaciones comerciales no puede existir un tráfico de mercancías si no existe confianza. De una u otra forma, nuestro derecho civil y mercantil tienen sustento en la verdad y en la buena fe. Es más, en nuestro ordenamiento jurídico, a más de otros postulados que reconocen el principio de la confianza, se destaca la norma constitucional que reconoce la presunción de la buena fe en la conducta de los particulares y de las autoridades públicas, en el artículo 83 de la Carta Política.

Si ello es así, en el caso de las transacciones de contenido económico, en el día a día de los sujetos de derecho, imagine el lector los gravísimos efectos de la mentira respecto de las decisiones tomadas por los ciudadanos en democracia. No se trata de una manifestación para adquirir un producto o servicio, sino del futuro público de la colectividad, que se vería comprometido por la propaganda que, por definición, es contraria a la verdad y, que potencialmente se manifiesta de forma consciente a través de quienes aspiran a recibir de manos del pueblo la posibilidad de regir los destinos comunes.

Como lo señala Antón Costas Comesaña<sup>4</sup>, “la desigualdad y la pobreza suponen una alteración del equilibrio interno del organismo social que hace que se debilite su capacidad de defensa frente a elementos patológicos internos o externos que ya estaban en el organismo pero no conseguían alterarlo”. Para el autor era evidente la

<sup>3</sup> Kant, Immanuel. A cerca de la ilegitimidad de la mentira. En *¿Hay derecho a mentir?* Editorial Tecnos. Madrid, 2012. Página 6.

<sup>4</sup> Costa Comesaña, Antón. *El final del desconcierto. Un nuevo contrato social para que España funcione*. Editorial Península Atalaya. Edición digital. Barcelona, 2017.

existencia de un contrato social con el carácter de “adhesivo”, en el cual los más favorecidos por el mercado pagaban más impuestos que deberían ser distribuidos entre los “más rezagados”. Por ello, el miedo y la ansiedad son caldo de cultivo para campañas que, de forma sencilla, pueden llegar a tener éxito magnificando situaciones o condiciones que inducen a cada elector de forma equivalente a como se presionaría un disparador de temores y fobias.

La mentira, cuando se utiliza con fines políticos en los materiales de campaña, busca generar una aceptación del candidato o de las tesis de quienes la esgrimen ante el electorado que rompe, además, el principio de la leal competencia y que puede conducir a un deterioro de la institucionalidad democrática.

La elaboración de un programa de campaña, no necesariamente de gobierno, pasa por la tentación de reconocer ciertos temas, respecto de los cuales se han ocupado la economía y la psicología. El Premio Nobel de economía Daniel Kahneman resalta que “El cerebro responde con rapidez incluso a amenazas puramente simbólicas. Las palabras emocionalmente cargadas atraen nuestra atención, y las palabras aterradoras (guerra, crimen) la atraen con más rapidez que las palabras dulces (paz, amor)”<sup>5</sup>. Asimismo, para el autor “los animales, incluidas las personas, se esfuerzan más por prevenir pérdidas que por obtener ganancias”<sup>6</sup>.

Para el mismo autor, las decisiones humanas están sujetas a la sobrestimación y a la magnificación, que resultan de “los mismos mecanismos psicológicos: focalización de la atención, sesgo de confirmación y facilidad cognitiva”<sup>7</sup>.

En un sentido similar se expresó Arendt<sup>8</sup>, una de las grandes teorizantes de la verdad en materia política: “Las mentiras resultan a veces mucho más plausibles, mucho más atractivas a la razón que la realidad, dado que el que miente tiene la gran ventaja de conocer de antemano lo que su audiencia desea o espera oír. Ha preparado su relato para el consumo público con el cuidado de hacerlo verosímil mientras que la realidad tiene la desconcertante costumbre de enfrentarnos con lo inesperado, con aquello para lo que no estamos preparados.

Esto implica que una candidatura podría ser proclive a caer en la tentación de utilizar mecanismos psicológicos como llamados de atención respecto de temores, de la posibilidad de pérdidas en el evento de escoger a otro candidato, así como la magnificación de los defectos de sus adversarios.

Todas las opciones referidas pueden o no ser ciertas, es decir, puede suceder que las estrategias se centren en asuntos como los referidos, pero que constituyan debilidades reales de los opositores. Sin embargo, resulta claramente reprochable el caso en el que se usa la estrategia, sin que exista

evidencia o probabilidad de ocurrencia de un hecho futuro.

La mentira se elimina argumentativamente a sí misma. De igual forma, un candidato elegido para garantizar el bien común, que jura respetar las reglas, que tiene el mandato primero de velar por la recta ejecución de los recursos públicos, no tendría mucho que ofrecer cuando parte de promesas que sabe que incumplirá o de afirmaciones falsas respecto de sus contradictores.

Así las cosas, resulta claro que, para luchar contra la corrupción, una primera medida es proscribir la mentira electoral. Este propósito exige no solamente un comportamiento moral y legalmente adecuado por parte de los políticos, sino además, una postura consciente y crítica de los electores.

## 2. El engaño en otras ramas del derecho

### a) Los vicios del consentimiento del derecho civil

Nuestro Código Civil, acogiendo las enseñanzas del Derecho Romano<sup>9</sup> y del Código Civil francés de 1804<sup>10</sup>, estableció que los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo<sup>11</sup>. Para el Derecho Civil, “Si el acto nace del consentimiento de la voluntad, no debe valer este consentimiento cuando la voluntad no lo

ha dado autónomamente sino inducida por algún vicio extraño...”<sup>12</sup>. Asimismo, el dolo es definido en el artículo 63 del mismo ordenamiento como “... la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. En el inciso primero del artículo 1515 *ibidem* se estableció que: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1508 del Código Civil, el error, la fuerza y el dolo son vicios del consentimiento. Luego de establecer tajantemente que el error sobre un asunto de derecho no vicia el consentimiento –en tanto que *iuris ignorantia non excusat*–, nuestro ordenamiento civil consagra disposiciones relativas al error sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta (art. 1510 *ib.*); sobre la identidad de la cosa específica (art. 1510 *ib.*); sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato (art. 1511 *ib.*) y; sobre la persona, cuando el contrato sea *intuitu personæ* (art. 1512 *ib.*)<sup>13</sup>.

12 Emiliani Roman, Raimundo. Temis. Bogotá, Colombia, 1980. Página 141.

13 “El (artículo) 1511 enfoca, con el criterio subjetivo predominante en la doctrina contemporánea, el error sobre las calidades sustanciales de la cosa. Y finalmente el 1512, con ese mismo criterio subjetivo, de orden psicológico, contempla el error sobre la persona. De más está decir que el error sobre la existencia de la causa y el error sobre la eficacia de la causa, de que hablan los expositores franceses, están previstos en el art. 1524, conforme al cual no puede haber obligación sin causa real y lícita. “El error in negotio implica una discordancia no solamente entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva de cada una de las partes, sino también entre la voluntad de la una y la voluntad de la otra, que por lo mismo no se han encontrado y no han podido confluír para formar un acuerdo. Consiste el error en una representación falsa o inexacta de la realidad, como lo dicen Colin y Capitant, o como lo asienta Demogue, en ‘el estado psicológico de una persona que está en discordia con la verdad objetiva’.

9 Vid. Petit, Eugene. *Derecho romano*. Editorial Porrúa. México, 2005. Páginas 325 y siguientes.

10 1109. “Il n’y a point de consentement valable si le consentement n’a été donné que par erreur, ou s’il a été extorqué par violence ou surpris par dolo”. Code Civil des Français. 1804.

11 Código Civil de la República de Colombia. Artículo 1508.

5 Kanneman, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Edición Debolsillo. Bogotá, 2017. Página 393.

6 Kanneman, Daniel. Página 297.

7 Kanneman, Daniel. Página 422.

8 Arendt, Hannah (1998). *Crisis de la República*. Madrid, España. Taurus. Página 14.

Como señala Emiliani, el dolo aparentemente solo tiene “entidad propia” a través del error<sup>14</sup>; sin embargo, reconoce que el segundo tiene una consagración legal diferente por cuanto: i. Resulta más fácil de probar que el dolo; ii. El dolo genera acción de daños y perjuicios, mientras que el error no; y iii. Especialmente, porque el error que es consecuencia del dolo “... puede recaer sobre cualquier calidad del contrato sin la limitación objetiva que restringe al error inocuo”<sup>15</sup>.

### b) La publicidad engañosa y la competencia desleal

Los efectos del dolo generador de error, como vicio del consentimiento, no se limitan al derecho civil. En el caso del derecho del consumo, rama del derecho mercantil que nace de las negociaciones masivas, la ley ha establecido medidas especiales.

“Si la ley, así en el caso de error sobre la especie del acto o contrato como en el caso de error sobre la identidad del objeto, desconoce el respectivo acto jurídico por vicio del consentimiento, es porque parte de la base de que el contratante no habría contratado ni se hubiera equivocado sobre la naturaleza del contrato o la identidad del objeto y porque considera que esa equivocación neutralizó su voluntad, la cual no pudo, por ello mismo, crear un acto jurídico válido”. Corte Suprema de Justicia. Casación, 28 de febrero de 1936.

14 Emiliani Roman, Raimundo. Op. cit. Página 179.

15 Dice Emiliani: “... el dolo vicia el consentimiento donde el simple error es inoperante. Por ejemplo, el error sobre los motivos o el precio no constituye vicio del consentimiento por no tratarse de calidades de la cosa, en tanto que a través del dolo puede anularse el contrato (...) Esta mayor amplitud del dolo proviene de algo más de fondo y que es donde reside verdaderamente la diferencia esencial de las dos teorías: el error es inocente, inocuo moralmente, mientras que el error del dolo es un error inmoral, estigmatizado porque ha sido producto de la mala fe. No son pues, en manera alguna, dos errores iguales. En consecuencia, el error inmoral del dolo corrompe el acto o contrato con tal que haya sido determinante, cualquiera que sea la calidad sobre que recaigan en tanto que el error está limitado a las calidades del objeto. Esa fuerza destructiva del error doloso proviene de su inmoralidad”. Emiliani Román, Raimundo. Op. cit. Páginas 179 y 180.

En efecto, en el literal d) del artículo 1° del Decreto 3466 de 1982 se definió la propaganda comercial como “Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”. En los artículos 14, 15 y 16 se proscribieron prácticas tendientes a inducir a error a los consumidores respecto de la cantidad, calidad, idoneidad o precio del producto.

Por su parte, mediante la Ley 1480 de 2011, “por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones”, dentro de los derechos de los consumidores, se contempló aquel derecho de recibir protección contra la publicidad engañosa<sup>16</sup>. En el artículo 6° de la misma norma se estableció como consecuencia por el incumplimiento en materia de idoneidad y seguridad de los bienes y servicios la responsabilidad solidaria del productor y proveedor; la responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control y la responsabilidad por daños por producto defectuoso. De igual forma, en el artículo 23 se enumeró la información mínima que los proveedores y productores deberán suministrar respecto de los productos que ofrezcan, y en el artículo 24 se consagró la información mínima que debe suministrarse. Por último, en el artículo 29 *ibidem* se dispuso que “Las con-

16 Ley 1480 de 2011. Numeral 1.4 del artículo 3°.

diciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”.

En la Ley 256 de 1996 se proscribieron los actos de engaño<sup>17</sup>, los actos de descrédito<sup>18</sup> y los actos de comparación<sup>19</sup>. En este caso así se protegen no solo los derechos de los consumidores, sino también aquellos de los productores o proveedores con el carácter de competidores.

### 3. Una visión desde el análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho aporta herramientas de la nueva economía insti-

tucional para determinar la eficiencia de las instituciones, dentro de ellas las jurídicas<sup>20</sup>.

Se parte aquí de los supuestos de la economía neoclásica, especialmente dos de ellos: la racionalidad de los agentes económicos y la competencia perfecta, esto es, el hecho de que en ausencia de fallos del mercado, la economía distribuye de forma óptima los recursos.

De esta forma, los agentes económicos obran de forma racional porque buscan maximizar utilidades. Salvo excepciones, relacionadas con consideraciones psicológicas, los agentes económicos aspiran a tener mayores ingresos, más beneficios y más bienestar.

Ahora bien, la economía neoclásica supone que hay una distribución óptima de los recursos cuando la oferta y la demanda se encuentran en un punto de la curva, ausencia de poder de mercado, costos de transacción, externalidades y asimetría de información.

La fuente de error en la decisión de los consumidores está fundada en la asimetría de información. Este concepto no es otra cosa

17 Ley 256 de 1996. “Artículo 11. Actos de engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

“Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

18 Ley 256 de 1996. “Artículo 12. Actos de descrédito. En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”.

19 Ley 256 de 1996. “Artículo 13. Actos de comparación. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omite las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables”.

20 Spector considera que el derecho económico puede partir de cuatro tipos de análisis, según la tesis de la que se trate. Dice el autor: “El análisis económico del derecho puede incluir tesis de índole diferente (...) En primer lugar está la tesis normativa: el derecho debe ser eficiente. En segundo lugar, la tesis predictiva: puesto que las personas son agentes racionales podemos utilizar la teoría económica para predecir cómo se comportarán en función de los incentivos y desincentivos generados por las normas jurídicas. En tercer lugar está la tesis descriptiva, según la cual cierto sistema jurídico (por ej., el common law) es eficiente. Finalmente está la tesis evolucionista que afirma que el Derecho tiende a adoptar normas eficientes”. Spector, Horacio (compilador). Elementos de análisis económico del derecho. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004. Página 13.

que la diferencia de apreciación cognitiva sobre un producto entre quien lo ofrece y el potencial comprador. Es claro que esta asimetría puede dar lugar a errores que perjudicarían al consumidor y beneficiarían al productor u oferente.

Se hará énfasis en tres aproximaciones económicas derivadas de herramientas diversas. Por una parte, la asimetría de la información, por otra el problema de agencia y, por último, la teoría de juegos aplicada a los procesos electorales. La teoría de juegos supone que el consumidor, en este caso el elector, tiene la posibilidad de tomar decisiones teniendo en cuenta el cumplimiento por parte de los candidatos o los partidos en una etapa anterior.

Es necesario advertir que hay diferencias sustanciales entre un mercado de bienes y servicios y un proceso electoral. Entre ellas deben resaltarse las siguientes: i. Primeramente se trata de dos órbitas en el comportamiento de los hombres, uno dirigido a satisfacer sus propias necesidades individuales, mientras que las elecciones buscan la consolidación de la voluntad colectiva para la designación de los representantes populares y la toma colectiva de decisiones que impactarán sobre la sociedad; ii. El análisis económico del derecho prescinde de aproximaciones de orden moral<sup>21</sup>; iii. En un mercado de

bienes y servicios, los consumidores esperan adquirir bienes privados, mientras que en un sistema electoral los votantes aspiran a adquirir (recibir) o mejorar bienes públicos; y iv. Mientras la unidad de medida en un mercado es monetaria, en el caso de las elecciones la medida son los votos<sup>22</sup>.

#### a) La asimetría de información

La asimetría de información es una falla de mercado en la que incurre una parte contratante que tiene menos información que la otra en el momento de tomar la decisión de contratar. Esto hace que cometa error en cuanto a las características del bien o servicio que aspira a adquirir. Tratándose, por ejemplo, de servicios públicos, se ha encomendado a ciertas autoridades el deber de promover la competencia cuando sea posible o simular las condiciones de un mercado competitivo cuando no lo sea. Igualmente, las disposiciones sobre protección del consumidor prevén la necesidad de brindar información suficiente sobre los productos que se ofrecen.

Si trasladamos esta situación a las elecciones, en las que el candidato, partido o movimiento aspiran a que se adquieran, a través del voto, sus tesis y programas, la mentira electoral implica un riesgo fundamental para el voto libre e informado. De esta forma, al igual que un mercado, corresponde

al Estado tomar las medidas necesarias para que los candidatos informen con claridad sus propuestas y no incurran en mentiras al proponer sus tesis. Pero también la asimetría de información puede producirse respecto del alcance de los derechos de los ciudadanos y de los extranjeros habilitados para votar, caso en el cual el Estado también deberá atender, mediante procesos de formación, las necesidades de construcción de democracia participativa a través del voto libre e informado.

#### b) El problema de agencia

El problema de agencia plantea la diferencia de intereses entre los propietarios de una empresa y los empleados. Así las cosas, mientras el interés de los primeros es maximizar la utilidad, el de sus empleados podría ser simplemente de mantenerse en el cargo o percibir un mayor salario. Dado que los empleados, especialmente los administradores, son los que están “al frente del negocio”, la falta de interés en las utilidades de la empresa acarrearía efectos negativos respecto de ella; si ello sucediera en todas las de un país, impactaría en la economía en general. De forma simple, la solución al problema de agencia se ha planteado equilibrando los intereses tanto de los administradores como de los propietarios de la empresa, generando un beneficio para los empleados derivado de las utilidades de la empresa. De esta forma, un salario variable que dependiera de las utilidades haría que los intereses de ambos fueran iguales.

Ahora bien, en el caso de los cargos públicos se ha querido hacer una traslación de la teoría en el sentido de que los electores podrían tener intereses distintos a los de los elegidos<sup>23</sup>. La solución en materia electoral es más compleja, en la medida que en una empresa –se usa aquí el término de uso común y no el de nuestro Código de Comercio– existe una junta directiva o *board of directors* que controla las actividades de la administración. En el caso de los elegidos no existe este mecanismo de control. Por otra parte, tampoco se puede generar un interés para los elegidos, pues su misión va mucho más allá de la producción de utilidades económicas.

El problema de agencia en asuntos electorales se puede observar desde el momento en que se adelanta una campaña. Prácticas corruptas como la compra de votos son una clara muestra de esta diferencia de intereses. Así, mientras que al candidato le interesa ser elegido, al elector le interesa simplemente recibir una dádiva. Poco importa aquí el discurso político; se trata de una transacción que reduce la decisión que afecta a todos los ciudadanos, a la simple entrega de un beneficio condenable desde todo punto de vista. La única solución, diferente al voto programático –reservado a ciertas autoridades por disposición consti-

21 Al respecto dice Tullock: “It is unfortunate but true that economic approach to politics raises ethical issues. Much of traditional political science was devoted to determining the morally correct policy to be followed in a given inquiry. This kind of issue will not be much discussed here, not because I object to morally correct policies, or even that I do not have views on what policies are morally correct, but because people differ about what is morally correct, and some 2,000 years

of debate in the Christian era does not seem to have had much effect on this difference”.

22 Sobre las diferencias enumeradas como iii) y iv), vid. Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía*. Palestra Editores. Lima, 2003. Página 602. En especial, resalta Bullard que mientras la posición de un consumidor mejora con su poder adquisitivo, la del votante permanece igual por cuanto el sistema permite que una persona tenga solo un voto. Bullard. *Op. cit.* Página 602.

23 Sobre el problema de agencia en el caso del regulador, vid. Osorio, Ana Rocío et al., “La independencia del regulador desde el enfoque del análisis económico del derecho” en *Derecho de aguas II*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. Páginas 107 y siguientes.

tucional<sup>24</sup>— es el fortalecimiento del control social<sup>25</sup>.

Otra aproximación al problema de agencia, ahora desde la Escuela del *public choice*, ha resaltado cómo algunos políticos podrían estar, bajo este sistema de análisis, más interesados en promover intereses como una nueva elección para ellos o para su partido que objetivos de interés general. Cabe anotar que esta teoría no tiene por base fundamentación empírica. Igualmente, el control social aparece como un mecanismo eficiente para impedir este tipo de situaciones, aunado por supuesto al hecho de que los candidatos y sus partidos se presentan para varios procesos electorales, siendo la elección siguiente el medio de control más efectivo, como veremos a continuación.

### c) La teoría de juegos

La teoría de juegos constituye un factor importante en el momento de tomar una decisión política. Bajo esta teoría, los agentes económicos al asumir sus decisiones prevén la estrategia del otro.

Entre los juristas resulta bien conocido el dilema del prisionero. Mediante este dilema se puede predecir si una persona culpable de cometer un delito delatará o no a su cómplice.

En el caso del dilema del prisionero, se trata de un juego de una sola partida; sin embargo, en el caso electoral se trata de un juego iterativo.

Los juegos iterativos son aquellos en los que, por repetirse la jugada más de una vez, se permite a los jugadores situarse estratégicamente a partir de la última decisión del otro jugador. Esto hace que la lealtad ocupe un lugar importante en el momento de decidir.

Tratándose de la verdad electoral, un elector que ha sido víctima de mentiras en el momento de ejercer su voto sabrá en la próxima elección, en aquellos procesos que permiten reelección, a qué atenerse frente a la decisión de votar o no por el candidato. En cargos en los que no existe reelección, esta decisión, con base en la gestión del elegido, se puede trasladar al partido, grupo o movimiento del candidato que defraudó la esperanza del elector.

La teoría de juegos demuestra que la conducta de un elector racional lo haría tomar una decisión adecuada a partir de la segunda “jugada”, empero esto no sucede necesariamente por falta de interés, por ausencia de conocimiento respecto de la gestión o por la introducción de elementos psicológicos, como los sentimientos frente al candidato o el partido. Ahora bien, si se introduce una sanción por la conducta reprochable que “señalice”<sup>26</sup> al candidato que hubiera cometido conduc-

tas reprochables, hará que, además de la sanción administrativa, el potencial elector pueda saber a qué atenerse en el proceso electoral posterior.

### 4. Las normas vigentes sobre el deber de la verdad en materia electoral

En el ordinal 6° del artículo 265 de la Constitución Política se incluyó dentro de las funciones del Consejo Nacional Electoral “Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías”<sup>27</sup> (resaltado fuera del texto original). Eso quiere decir que la función del Consejo respecto de la publicidad está limitada a velar por el cumplimiento de las normas sobre ese particular, lo cual implica que su competencia para expedir disposiciones sobre el particular se encuentra implícita bajo la normativa vigente, para adentrarse en terrenos propios de la publicidad tendiente a generar engaño, será menester acometer una hermenéutica sistemática.

La Ley 130 de 1994 estableció las disposiciones rectoras en publicidad electoral. En efecto, en dicha ley se distinguió entre divulgación política y propaganda electoral. La primera es una forma de publicidad política que no tiene por objeto buscar apoyo electoral para los partidos y movimientos; mientras que la segunda tiene por objeto

obtener apoyo electoral y está limitada a los tres meses anteriores a la fecha de las elecciones. A su vez, mediante el artículo 1° del Decreto 2390 de 2003 se creó la Comisión para la Coordinación y Seguimiento de los Procesos Electorales del Orden Nacional. Dentro de las funciones, consagradas en el artículo 5° de la misma disposición, se previó que correspondería a tal Comisión “11. Promover el respeto del pluralismo, la imparcialidad y el equilibrio informativo en relación con la publicidad, la propaganda y las encuestas políticas”.

Si bien es cierto que existen disposiciones generales respecto de la importancia de la verdad en materia electoral, es necesario contar con disposiciones que, con mayor precisión, permitan sancionar administrativamente a los candidatos o campañas que, en materias diferentes a las de las encuestas, hagan manifestaciones contrarias a la verdad frente a sus contendientes.

### 5. El punto de partida para una discusión

Entendemos que el manejo de la información electoral resulta un asunto difícil desde el punto de vista jurídico, a la vez que la intervención excesiva de las autoridades puede llegar a considerarse una forma de censura. Empero, a la vez, se considera necesario abrir un debate sobre qué actos deben ser considerados dignos de reproche, cómo prevenir este tipo de actuaciones y qué tipo de sanciones habrían de imponerse.

24 Vid. Constitución Política de Colombia. Artículo 259.

25 El análisis económico del derecho también se ocupa de los problemas por los que atraviesa el control social. En efecto, mientras que el controlado tiene un interés X, constituido por la sumatoria de los intereses de todos los gobernados, de forma que  $X = A + B + C...$ , el de cada gobernado es inferior, porque está constituido por su propio interés (es decir, A o B o C). La solución a este problema es brindar, mediante asociaciones, un interés superior al individual para que sea una entidad la que ejerza el control social en nombre de la comunidad.

26 La “señalización” es la solución económica a los problemas de selección adversa. En este caso, se trataría de una sanción que resultaría en una “señalización negativa”.

27 Resaltado ajeno al texto original.

A nuestro juicio, el acto reprochable que da lugar al error del elector –o tiene por fin hacerlo– debe reunir, al menos, las siguientes condiciones: i) Estar fundado en la actitud dolosa de una persona diferente del votante y, por ende, debe ser consciente; ii) La conducta dolosa debe tener la entidad suficiente para modificar la intención del elector; iii) Producirse con ocasión de un certamen electoral y generar consecuencias negativas o tener la potencialidad de hacerlo, dentro de dicho certamen y, iv) Tener por fin engañar sobre las condiciones propias, desacreditar al competidor o generar comparaciones fundadas en condiciones falsas.

En el mismo sentido, debe prevenirse la ocurrencia de estas situaciones a través de medidas que permitan reducir la asimetría de información entre los votantes y los candidatos, desde las siguientes dimensiones: i) El conocimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos y de los extranjeros habilitados para votar; ii) El conocimiento de los programas de los partidos; y iii) El conocimiento de los planes y programas de los candidatos.

En cuanto a las posibles sanciones, es necesario garantizar: i) Que existan medidas de orden administrativo y judicial en materia sancionatoria; ii) Que las sanciones superen la utilidad percibida como consecuencia de realizar el acto reprochable; y iii) Que los procedimientos se ajustan al tiempo requerido para que el proceso electoral se lleve a cabo sin la interferencia de los actos reprochables.

## 6. Reflexiones

El constituyente colombiano fue exigente al delimitar el alcance de la participación ciudadana. En el artículo 2° constitucional se estableció, dentro de los fines del Estado, “... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Así mismo, en el artículo 3° se dispuso que la “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. En concordancia, en el artículo 40 del Ordenamiento Superior se consagra el derecho a participar en la conformación y control del poder político a través de los instrumentos que se enumeran en el mismo artículo.

Como se observa, la consagración constitucional del derecho a participar tiene un deber correlativo consistente en la garantía, a cargo del Estado, de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Comoquiera que no existe una definición legal de la expresión “facilitar”, será necesario acudir a su uso “natural y obvio”. Así las cosas, conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*, “facilitar” es “1. tr. Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Corresponde entonces a las autoridades “hacer fácil o posible” la participación de todos en las decisiones que los afectan.

La participación implica la acción positiva del ciudadano en el sentido de expresar

su voluntad –o no expresarla, en ciertos casos– a través de mecanismos de consagración constitucional, como el voto, y, en términos agregados, constituye el ejercicio de la soberanía popular (artículo 3° *ibidem*).

De esta forma, el deber de “facilitar” o “hacer posible” la participación implica garantizar que el voto sea libre e informado, esto es, que la voluntad de cada ciudadano, nacional o extranjero, habilitado para votar se exprese libremente, sin que se permitan o toleren conductas que tengan la potencialidad de inducir a error al votante. Por tanto, como consecuencia del deber consagrado en el artículo 2°, es posible concluir que existe un derecho de cada ciudadano a recibir información veraz por parte de los aspirantes a cargos de elección popular y un deber-garantía, a cargo del Estado, en el sentido de facilitar que la expresión de la voluntad sea libre y exenta de error generados por actitudes dolosas.

Ante el riesgo de que las campañas se reduzcan a simples estrategias mediáticas de ataque a los competidores, cargadas de mentiras efectistas, la democracia está en riesgo. Hemos superado la etapa en la que el riesgo para la democracia era la corrupción electoral, toda vez que si bien es cierto que pudieran presentarse situaciones irregulares, estas resultan mínimas, y el sistema para contrarrestarlas, a través de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral y el Consejo de Estado, ha demostrado su eficiencia. Empero, la pugnacidad que se hace más evidente cada día en las

campañas y la dispersión, a través de redes sociales, sin fundamento y muchas veces sin autor determinado, implica un riesgo generalizado difícil de rastrear y que hasta ahora no ha sido sujeto de sanciones por parte de autoridades diferentes de las judiciales cuando se trata de delitos de injuria o calumnia.

Creemos que la manipulación informativa de la democracia resulta tan grave como el fraude electoral y que un sistema electoral maduro como el colombiano, sustento de una democracia igualmente madura, debe adelantar un debate que permita concluir qué diseño institucional-normativo es el requerido para contrarrestar el engaño y la mentira en materia electoral.

Líneas atrás se citó al maestro Kant, quien afirmaba que el hombre, como producto de la mentira, se convierte en algo vano. Pues bien, la autoridad resultante de la mentira no puede ser otra cosa que ilegítima, y la ilegitimidad en las elecciones vulnera la democracia. La lucha contra la mentira, contra lo que ahora se denomina *fake news*, contra el desprestigio del oponente, mediante falsedades, debe proscribirse y sancionarse de forma radical y contundente.

La sociedad en general debe iniciar un proceso reflexivo sobre cómo organizar un mundo informativo en el que las *fake news* tengan menos presencia y un impacto muy reducido en la interacción social y pública. Debe ser un imperativo inmediato para la academia y para todos los actores de este mundo global.

Tanto el derecho civil como el mercantil, e incluso los instrumentos derivados del análisis económico del derecho, hacen parte del arsenal que permitirá una elaboración dogmática, y posiblemente legislativa, para que los votantes acudan a las urnas a ejercer su derecho al voto libre e informado, sin el riesgo de la intervención de conductas reprochables como las descritas.

No se pretende con estas líneas sentar una posición definitiva sobre la inducción al error electoral. Solo se espera abrir la discusión, de la que puede depender el futuro de la democracia colombiana. La confianza en el sistema electoral no solo dependerá de la aptitud y transparencia de las autoridades electorales, sino de la solvencia moral de quienes aspiran a ser beneficiados por el voto popular.

En el momento en que se cerraba esta edición, hemos sido testigos silenciosos y lejanos del debate sobre la veracidad de las condiciones académica de funcionarios del Gobierno de España. Sin que exista certeza sobre las afirmaciones al respecto, el debate ha quedado abierto, y lo cierto es que este es la demostración del interés de los ciudadanos en la verdad de las afirmaciones de los gobernantes. Al fin y al cabo, en estos casos no pueden existir pequeñas mentiras o verdades a medias, ni tampoco posverdades<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> El término post-truth fue incluido en el *Diccionario Oxford* en 2016. "Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief".

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arendt, Hannah (1998). *Crisis de la República*. Madrid, España:Taurus. San Agustín.

Bullard González, Alfredo (2003). *Derecho y economía*. Lima: Palestra Editores.

Costa Comesaña, Antón (2017). *El final del desconcierto. Un nuevo contrato social para que España funcione*. Barcelona: Editorial Península Atalaya. Edición digital.

De Mendacio. Disponible el 1 de agosto de 2018 en <https://www.augustinus.it/spagnolo/menzogna/index2.htm>.

Kanneman, Daniel (2017). *Pensar rápido, pensar despacio*. Bogotá: Edición Debolsillo.

Kant, Immanuel (2012). *Acerca de la ilegitimidad de la mentira. ¿Hay derecho a mentir?* Madrid: Editorial Tecnos.

Osorio, Ana Rocío et al (s. f.). La independencia del regulador desde el enfoque del análisis económico del derecho. *Derecho de aguas II*. Universidad Externado de Colombia.

Petit, Eugene (2005). *Derecho romano*. México: Editorial Porrúa.

Román, Emiliani (1980). Raimundo. Temis. Bogotá, Colombia, 1980.

Spector, Horacio (compilador) (2004). *Elementos de análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Tulloch, Gordon (1976). *The vote motive*. London: The Institute of Economic Affairs.

### Legislación

Code Civil des Français de 1804

Código Civil de la República de Colombia

Constitución Política de Colombia

Corte Suprema de Justicia. Casación, 28 de febrero de 1936.

Ley 1480 de 2011

Ley 256 de 1996